

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学 号: 200408228

UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

商品房预售登记制度有关法律问题研究

Study on Some Legal Issues Regarding the Registration
System for Pre-sale of Commercial Housing

王 天 生

指导教师姓名: 于 飞 教 授

专 业 名 称: 法 律 硕 士

论文提交日期: 2007 年 4 月

论文答辩时间: 2007 年 月

学位授予日期: 2007 年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2007 年 4 月

附件 3:

厦门大学学位论文原创性声明

兹呈交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）:

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人完全了解厦门大学有关保留、使用学位论文的规定。厦门大学有权保留并向国家主管部门或其指定机构送交论文的纸质版和电子版，有权将学位论文用于非赢利目的的少量复制并允许论文进入学校图书馆被查阅，有权将学位论文的内容编入有关数据库进行检索，有权将学位论文的标题和摘要汇编出版。保密的学位论文在解密后适用本规定。

本学位论文属于

1、保密（ ），在 年解密后适用本授权书。

2、不保密（ ）

（请在以上相应括号内打“√”）

作者签名： 日期： 年 月 日

导师签名： 日期： 年 月 日

内容摘要

自商品房预售制度从香港引进内地以来，由于其具有的融资功能，迅速地在内地生根开花。但是，我国尚处于市场经济的初级阶段，现有的法律制度尚不健全，对商品房预售缺乏有效的制度约束。于是便出现了如一房数卖、在建工程抵押后预售或预售后再抵押等许多问题，严重地损害了预购人的利益，扰乱了商品房预售市场秩序，影响了整个房地产市场健康、有序地发展。

本文从我国现行法律规定和房地产交易实践出发，以商品房预售合同登记为主线，对预售登记的效力、性质进行了详细的论述，指出了商品房预售登记制度存在的问题，并进而提出引进保护预购人利益的预告登记制度。

本文除前言和结束语外，共分四章，主要内容如下：

第一章为商品房预售、预售合同及预售登记制度概述。本章通过对商品房预售、预售合同及预售登记制度的概述，阐明了商品房预售的形式、预售合同的特点，以及国家设立预售登记制度的目的。

第二章为商品房预售登记制度的法理分析。本章首先从实务和理论二个角度分析了预售登记不影响预售合同的效力，并对学界对预售登记性质的不同观点进行了较详细的评析，提出了笔者对预售登记制度的理解。

第三章为商品房预售登记制度存在的问题。本章以前章得出的结论为前提，对预购人的预购权利与一般债权、建设工程价款优先受偿权及一般抵押权的冲突进行了较详细的论述，指出了目前我国商品房预售登记制度存在不利于保护预购人权利的缺陷。

第四章为商品房预售登记制度的完善。基于预售登记不能有效的保护预购人的权利，笔者在对其他国家和地区的预告登记制度进行比较研究后，提出构建我国的预告登记制度及其构建要点，以完善我国商品房预售制度。

关键词：预售；预售登记；预告登记

ABSTRACT

Since its introduction into mainland China from Hong Kong, system for the pre-sale of commercial housing has rapidly taken root and blossomed in mainland due to its strong financing power. However, given China being at the preliminary stage of market economy and the incompleteness of its current legal system, the pre-sale of commercial housing is in want of effective system-based restraints and gives rise to a large number of problems, such as one house sold for more than once, the pre-sale of the mortgaged under-construction project and the mortgage on the pre-sold under-construction project, which seriously damages the interests of pre-buyers, disturbs the order of pre-sale market of commercial housing, and ruins the healthy and orderly development of the whole real estate market.

The essay proceeds from the current legislation and practice of real estate transaction in China, with the registration of pre-sale contract for commercial housing as the thread, expounds the effect and nature of the pre-sale registration, points out the problems existing in the registration system for pre-sale of commercial housing, and proposes the introduction of advance-notice registration system oriented towards the protection of pre-buyers' interests.

Besides the preface and conclusion, the essay is composed of four chapters as follows:

Chapter 1, titled "General introduction of pre-sale, pre-sale contract and pre-sale registration system of commercial housing in China", clarifies the pre-sale patterns of commercial housing, characteristics of the pre-sale contract and purposes of state-established pre-sale registration system.

Chapter 2, titled "Analysis of China's registration system for the presale of commercial housing based on law theory", first affirms that the pre-sale registration does not affect the pre-sale contract's effect, introduces and comments on diverse views on the nature of pre-sale registration in detail, and finally puts forward the

author's own understanding of the pre-sale registration system.

Chapter3, with the heading of “Problems concerning China’s registration system for the pre-sale of commercial housing”, based on the preceding chapter, dissects the pre-buying right of pre-buyer in conflict with ordinary creditor’s rights, priority to be paid over the project price and ordinary mortgage-related rights, and highlights that China’s current defective registration system for the pre-sale of commercial housing is not to the advantage of protecting the pre-buyer’s rights.

Chapter4 is titled “the improvement of China’s registration system for the pre-sale of commercial housing”. In light of the fact that pre-sale registration cannot afford the effective protection of pre-buyer’s right, it proposes the construction of China’s advance-notice registration system and stresses the key points involved therein, based on the preceding comparison between representative foreign advance-notice registration systems.

Key words: Pre-sale; Pre-sale registration; Advance notice registration.

目 录	
前 言.....	1
第一章 商品房预售、预售合同及预售登记制度概述.....	2
第一节 商品房预售.....	2
第二节 商品房预售合同.....	4
一、商品房预售合同的内容.....	4
二、商品房预售合同的特征.....	5
第三节 商品房预售登记制度的概述.....	7
一、商品房预售登记制度的法律依据.....	7
二、预售登记所需资料.....	7
第二章 商品房预售登记制度的法理分析	9
第一节 商品房预售登记的法律效力.....	9
一、从实务角度看预售登记的法律效力.....	10
二、从理论角度看预售登记的法律效力.....	11
三、预售登记对预售合同效力的影响.....	13
第二节 商品房预售登记的法律性质.....	14
一、对物权说（准物权说）的评析.....	14
二、对债权物权化说（预告登记说）的评析.....	15
三、对合同权益说（债权说）的评析.....	18
第三节 商品房预售登记的法律后果.....	19
第三章 商品房预售登记制度存在的问题	22
第一节 认购人的认购权利与一般债权的冲突.....	22
第二节 认购人的认购权利与建设工程价款优先受偿权的冲突.....	23
第三节 认购人的认购权利与一般抵押权的冲突.....	25
一、预售人对在建商品房的抵押问题.....	25
二、商品房预售合同中的土地抵押情形.....	28

第四章 商品房预售登记制度的完善	30
第一节 部分国家和地区的预告登记制度简介	30
一、德国的预告登记制度	31
二、日本的假登记制度	32
三、我国台湾地区的预告登记制度	33
第二节 我国预告登记制度基本框架的构想	33
一、预告登记的立法例	33
二、我国预告登记制度的立法要点	34
第三节 商品房预告登记后预购人与相关权利人权利冲突的解决	38
一、商品房预告登记后预购人权利与一般抵押权	38
二、商品房预告登记后预购人权利与建设工程价款优先受偿权	38
结 束 语	40
参考文献	41

CONTENTS

Preface.....	1
Chapter1 General Introduction of Pre-sale, Pre-sale Contract and Pre-sale Registration System of Commercial Housing	2
Subchapter1 Pre-sale of Commercial Housing	2
Subchapter2 Contracts for Pre-sale of Commercial Housing.....	4
Section1 Content of Pre-sale Contract	4
Section2 Characteristics of Pre-sale Contract.....	5
Subchapter3 Registration System for the Pre-sale of Commercial Housing.....	7
Section1 Legal Basis of the Registration System	7
Section2 Materials for the Filing of Pre-sale Contracts.....	7
Chapter2 Analysis of Registration System for the Presale of Commercial Housing Based on Law Theory	9
Suchapter1 Legal Effect of the Pre-sale Registration of Commercial Housing	9
Section1 Legal Effect of the Pre-sale Registration from the practical point of view	10
Sectrion2 Legal Effect of the Pre-sale Registration from the theoretical point of view	11
Section3 Effect of the Pre-sale Contract affected by Pre-sale Registration.....	13
Subchapter2 Legal Nature of the Registration for Pre-sale of Commercial Housing	14
Section1 Comment on the Real Right-based Argument	14
Section2 Comment on the Argument Based on the Transformation of Creditor's Right into Real Right	15
Section3 Comment on the Creditor's Right-Based Argument.....	18
Subchapter3 Legal Consequences of the Pre-sale Registration.....	19
Chapter3 Problems concerning registration system for the pre-sale of commercial housing.....	22
Subchapter1 Pre-buyer's Pre-buying Right in conflict with ordinary creditor's	

rights.....	22
Subchapter2 Pre-buyer's Pre-buying Right in conflict with priority to be paid	
over the project price	23
Subchapter3 Pre-buyer's Pre-buying Right in conflict with ordinary	
mortgage-related rights	25
Section1 Issues Regarding Mortgage on Under-construction housing.....	25
Section2 Mortgage on Land in Pre-sale Contracts	28
Chapter4 Improvement of Registration System for the Pre-sale of	
Commercial Housing	30
Subchapter1 Brief Introduction of Some Foreign Advance-Notice Registration	
System	30
Section1 Advance Notice Registration System of German	31
Section2 Advance Notice Registration System of Japan	32
Section3 Advance Notice Registration System of Taiwan, China	33
Subchapter2 Ideas on the Basic Framework of China's Advance-Notice	
Registration System	33
Section1 Legislation Modes for Advance Notice Registration.....	33
Section2 Key-points of Legislation for Advance Notice Registration System of	
China.....	34
Subchapter3 Resolution of Conflict of Rights between Pre-buyer and Others	
Concerned after the Advance Notice Registration	38
Section1 Mortgage-related Right and Right of Pre-buyer	38
Section2 Priority to be paid over the price of Under-construction Project and	
Right of Pre-buyer.....	38
Conclusion	40
Bibliography	41

前 言

我国的商品房预售制度是在我国房地产业的发展 and 住房制度改革的过程中引进的，由于商品房预售不仅使预购人能够避免一次性支付巨额购房款，而且能够为预售人解决建设资金不足问题，因而促进了房地产市场的快速发展。故其引入不久，就成为我国商品房销售的主要方式之一。

但是，毕竟商品房预售制度在我国兴起的时间不长，有关这方面的法律法规尚不健全，相关的配套制度建设也不够完善。尤其是对于保护预购人权利具有关键作用的预售登记制度，因性质和效力在理论和实务上存在较大争议，更不利于预购人的权利保障。

我国现行商品房预售登记制度的性质、效力究竟如何？是否等同于国外的预告登记制度？能否对抗其他第三人之间的权利？诸如此类问题，现行商品房预售登记制度的法律规定并不清晰，而且因实务部门对商品房预购人的预购权利存在不同认识，以致在实务中产生了许多混淆。尽管最高人民法院为了保护预购人的权利，出台了一系列的司法解释，力图解决法律适用问题，但这些规定还是过于简单，仍然不能彻底、正确地处理相关问题。目前的司法实践表明，仅依据我国现行法律中的买卖合同制度尚不足以充分保护预购人的权利。有鉴于此，对我国的预售登记制度进行分析，探寻制度缺陷之所在，澄清某些理论上的认识误区，甚为必要。如此，方能为我们的制度完善或制度创新扫平障碍，打好基础。

第一章 商品房预售、预售合同及预售登记制度概述

第一节 商品房预售

我国的商品房预售制度源于香港，由于房屋尚在施工中便被“拆零砸碎”，分期分批地预售给广大投资者，如落花片片坠落，故商品房预售又被称为“卖楼花”。^①预购人是根据预售合同支付房款，并在房屋竣工验收合格后依法取得房屋所有权，因而这种房屋销售形式又称期房买卖。建设部于 2004 年 7 月 20 日修正的《城市商品房预售管理办法》第 2 条规定：“商品房预售，是指房地产开发企业将正在建设中的房屋预先出售给承购人，由承购人支付定金或房价款的行为。”

按照预售款交付的方式，目前商品房预售常见的形式有两种。

1、全款一次性预售：在项目未竣工交付之前预收全部房款。这种销售方式对开发商最为有利，既保证了建设资金一次性全部到位，可获得免息的闲置资金，又避免了预购人拖欠房款的风险。实践中开发商常常以低于房屋总价 2%—5% 的优惠条件鼓励购房人一次性全款预购。

2、个人住房抵押贷款。这是目前广泛采用的商品房预售形式，源于香港的楼花按揭制度。2000 年 9 月 29 日最高人民法院通过的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第 47 条规定：“以依法获准尚未建造的或者正在建造中的房屋或者其他建筑物抵押的，当事人办理了抵押物登记，人民法院可以认定抵押有效。”建设部在 2001 年 8 月 15 日修正的《城市房地产抵押管理办法》中对预售商品房的抵押亦做了规定，该办法第 3 条第 4 款规定：“本办法所称预购商品房贷款抵押，是指购房人在支付首期规定的房价款后，由贷款银行代其支付其余的购房款，将所购商品房抵押给贷款银行作为偿还贷款履行担保的行为。”第 34 条第 2 款规定：“预售商品房或在建工程抵押的登记机关应当在抵押合同上作记载，抵押的房地产在抵押期间竣工的，当事人应当在抵押人领取房地权属证书后，重新办理房地产抵押登记。”因个人住房贷款都需要以

^①符启林. 商品房预售法律制度研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002. 39.

所购房屋或其他房产作抵押担保，故个人住房贷款又称为个人住房抵押贷款。

房屋预售制度由香港立信置业公司于 1954 年首创。至今不过五十余年，然而这种售卖方式已为世界很多国家和地区所接受。究其原因，实其对房地产开发商和购房方皆有益处：^①

1、对开发商来说：房地产开发所需资金数额巨大，投入资金常常从几千万元到乃至数十亿元不等，而且房地产开发周期长，资金周转慢，该企业将全部资金投入某个楼盘的开发后，在房屋售罄和资金回笼前，即无力再行开发新的楼盘。如果要另行开发新楼盘，便只能以支付高额利息的手段向银行贷款。采用房屋预售制度，以我国的房地产开发企业为例，只要注入工程建设总投资额 25% 以上的首笔资金，就可以从预购人处一次性或分期收取所需建设资金。这不仅加快了房地产开发企业的资金回笼，而且节省了贷款利息，有利于房地产开发企业的发展壮大；另外，房地产开发企业与预购人订立预售合同后，如果房价下跌，开发商预售出去的房产损失将由预购人承担，规避了自身的风险。

2、对于预购人来讲：首先，预购可使其避免一次性支付巨额购房款；其次，因为开发商把从预购人处获得的购房款作为建设资金使用，而不必支付利息，与使用贷款相比，房地产开发商降低了开发成本，房屋的价格因而随之下降；最后，预购人与开发商订立房屋预售合同后，如果出现楼价上涨的情况，预售合同就保证了预售商品房的升值，给预购人带来类似投资的收益。

因此，在上世纪 90 年代初期，随着我国房地产市场的发展，首先是与香港毗邻的深圳引入了此种销售方式，然后在全国各地迅速流行开来。时至今日，它已经成为商品房销售的一种典型方式，对于推动我国房地产市场的进一步发展发挥了不可替代的作用。据有关资料统计，在我国房地产开发资金中，预售款已占到房地产全部建设资金的 50% 左右。^②

为规范房地产市场秩序，保护预售合同中相关权利人的利益，尤其是预购人的利益，1994 年 7 月 5 日第八届全国人大常委会第八次会议通过了《中华人民共和国城市房地产管理法》，该法第 44 条规定了商品房预售的条件、商品房预售许可及预售合同备案登记，由此在我国法律中首次确立了商品房预售制度。

^①于朝印. 商品房预售法律制度研究(硕士学位论文)[D]. 北京:中国政法大学, 2002. 2.

^②符启林. 商品房预售法律制度研究[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2002. 41.

第二节 商品房预售合同

一、商品房预售合同的内容

商品房预售合同是指取得商品房预售资格的商品房预售人在商品房还未竣工，房屋并未现实存在的情形下，与预购人约定在一定期限后，将竣工的房屋交付给预购人，预购人支付价金的不动产买卖合同。^①

商品房预售涉及的标的额巨大，对开发商和买受人来说都是利益攸关，因而双方都希望签订书面合同，详细地对双方的权利和义务进行约定，一旦产生争议，就可依合同处理。从某种意义上讲，商品房预售合同就是预购人和预售人之间的“法律”。当然在实践中由于预购人的弱势地位，这些权利的设定往往有利于开发商。为了平衡预售双方当事人的利益，保护预购人，我国通过法律和行政手段对商品房预售合同加以监管，以保护合同当事人特别是预购人的利益。

2000 年以前，我国的商品房预售在实践中大多采用由房地产开发企业提供的合同。这些预售合同由预售人预先拟定，并没有与预购人进行协商，一些有关权利的条款往往不利于预购人，甚至显失公平，因而履行过程中纠纷不断。为减少纠纷，保护双方合法权益，目前我国各地房地产管理部门根据本地的实际情况和建设部 2001 年 4 月 4 日发布的《商品房销售管理办法》的第 16 条的规定制定了相应的《商品房预售合同》示范文本，供开发商和买受人在交易中签订。虽然该示范文本没有强制适用的效力，但示范文本的推行，对于因预购人经验不足，专业知识缺乏等原因造成商品房预售合同中某些条款的缺失，当事人意思表示不明确、显失公平等问题有一定的预防作用。

以 2005 年 2 月 22 日北京市建设委员会和北京市工商行政管理局共同制订的《北京市商品房预售合同》示范文本为例，其主要条款包括：（1）合同当事人双方即预售方和预购方的基本情况；（2）项目建设依据；（3）预售依据；（4）房屋基本情况；（5）抵押情况；（6）计价方式与价款；（7）付款方式及期限；（8）规划变更的约定；（9）设计变更的约定；（10）逾期付款责任；（11）交付条件；（12）市政基础设施和其他设施的承诺；（13）逾期交房责任；（14）面积差异处理；（15）

^①符启林. 商品房预售法律制度研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002. 55.

交接手续；(16) 商品房质量、装饰、设备标准的约定；(17) 住宅保修责任；(18) 住宅节能措施；(19) 使用承诺；(20) 产权登记；(21) 共有权益的约定；(22) 前期物业服务；(23) 专项维修资金；(24) 不可抗力；(25) 争议解决方式等。^①

二、商品房预售合同的特征

分析以上预售合同的内容以及相关的法律法规的规定，可以看出商品房预售合同具有以下特征：

(一) 预售合同是买卖合同

房屋预售合同签订之日，房屋尚未竣工，但双方签订合同的意图都在于完工后的房屋产权转让。因此双方的行为本质上仍是买卖行为，预购人支付价款是为了取得房屋所有权，开发商接受价款也自然负有交付房屋的义务。预售合同有关付款、标的物交付、权利担保、瑕疵担保和违约责任等条款内容多与一般买卖合同相同。故预售合同是买卖合同。

(二) 预售合同是本约

合同有本约与预约之分，两者有不同的性质及效力。预约是约定将来订立一定合同(本约)的契约，本约则是因履行该预约而订立的契约。本约成立后，债权人即有请求给付的权利，基于诉讼经济的原则，债权人得合并请求订立本约及履行本约。一方不依预约订立本约时，他方仅得请求对方履行订立本约的义务，尚不得依预定的本约内容，请求赔偿其可预期的利益。^②

目前的房屋预售合同，只是因买卖的房屋在合同成立之时尚未完工，故称为预售。但双方在预售合同对房屋单价、房价总数、交房期限、产权证取得期限、房屋质量、交付和验收方式、买受人支付房款的方式期限及双方的违约责任等等问题进行了明确具体的约定，不必另外再订立现房买卖合同，即可直接履行并办理房屋产权过户登记，实现双方交易目的。

2003年3月24日最高人民法院通过的《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第1条规定：“本解释所称的商品房买卖合同，是指房地产开发企业将尚未建成或者已竣工的房屋向社会销售并转移房

^①北京市商品房预售合同[EB/OL]. <http://www.zgdc.com/main/2007-01/4697.htm>, 2007-01-18.

^②王泽鉴. 债法原理(一)[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2001. 150.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕